

日本カナダ法律家会議

シンポジウム記録(1)

中京大学法学部基礎法パート

目次

- 一、開会式
- 二、基調報告
- 三、第一部
 - (a) 日本法
 - (b) 法哲学
- 四、第二部
- 五、閉会式

(以上本号)

第一回日本カナダ法律家会議は一九八三年四月二三・二四日、本学において開催され、その成果の一部はすでに公刊されている。⁽¹⁾ 本稿は同会議における報告にひきつづいて行われたシ

ンポジウムおよび未公刊の報告の記録である。

採録にあたっては同時通訳の原稿をもとにしたが、意味不明瞭または趣旨不明確な部分については、報告者から提出されてあるレジュメを参照して文章化し、また必要に応じて注およびコメントを付したうえで、担当者を明記した。

なお、清書等の作業は法学部中河原省三事務主任および牧錦子、田中洋子の各氏をわずらわせたことを付記し、感謝の意を表する。

(1) 石川一三夫「日加法律家会議を終えて」ジュリスト七九四号四九頁

(2) 森島昭夫、ケネス・M・リシック編『カナダ法概説』有

斐閣、昭和五九年。

一、開会式

司会（石堂功卓・中京大学法学部教授）

ただいまから第一回日本カナダ法律家会議を開催させていただきます。

この会議は中京大学とカナダのブリティッシュ・コロンビア大学法学部が中心になりまして開くことになったわけですが、その趣旨は、すでに会議の開催通知で説明済みでございますので、ここでは開会の宣言のみにさせていただきます。最初に中京大学の学長でありこの日加法律家会議の組織委員会の会長でもあります梅村清弘からごあいさつをいたします。よろしくお願いいたします。

梅村清弘（中京大学学長）

このたびは年度始めのご多忙な時期にもかかわらず本会議を開催いたしましたところ、かくも多数のご参加をいただきました。主催者側として誠に喜びにたえません。

一九七〇年代を振り返ってみますと、我が国とカナダとの間の経済的交流は飛躍的に拡大し、カナダにとって、日本は今やアメリカに次いで世界第二位の取引市場のパートナーになっています。とりわけ一九八二年、通産省の後援により日本財界企業協会の派遣した使節団がカナダに於ける投資環境を極めて良好と判断し、その後経済交流は一層緊密化を深めているように

あります。カナダに於ける日本の経済的重要性が増大するにつれて、カナダの日本に対する関心は強まってきており、カナダの大学に於ける日本研究も年々盛んになってきていると聞いております。ところが、我が国の法律家はカナダ法に対して必ずしも強い関心を抱いているとは言えそうありません。その認識程度は、ごく一部の学者は別にして、あまり深いものではないようです。経済的交流に伴う法律的諸問題について考えてみますと、日本とカナダの将来にとってこうした状況は決して許されるべきものではありません。そこで、私達はブリティッシュ・コロンビア大学法学部と提携し、カナダ大使館、名古屋弁護士会のご支援のもと第一回日加法律家会議を本日開催する事とした次第であります。

本年は我が梅村学園も創立六〇周年を迎えます。その記念行事の一環として本会議を開催出来ます喜びはひとしおでございます。両国法律家の交流、ひいては両国の親善がより一層強化されますよう期待いたします。最後に本会議の開催のため絶大なるご尽力を賜った関係各位に心からなる感謝の言葉を述べさせていただきます私のごあいさつといたします。どうもありがとうございます。

司会 それではつづきまして、カナダ側を代表して、ブリティッシュ・コロンビア大学法学部長のバーンズ教授にごあいさつをお願いいたします。

バーンズ（R・Burns. U・B・C・教授）

ありがとうございます。同僚を代表し又私自身といたしましても皆様方が私共を本日ここにお招き下さいました事に対して感謝申し上げます。梅村学長にはこのような素晴らしい施設を提供して下さいましたことをお礼申し上げます。また中京大学の法学部及び中京大学に対しましては単にこの会議のためだけではなくカナダからまいりました参加者全員に対して心からのおもてなしをいただきありがとうございます。特にリシック判事もこちらにお招きいただきました事を感謝申し上げます。彼はカナダでも最も著名な人の一人でございます。ブリティッシュ・コロンビア大学を代表いたしましてカナダ大使及び大使館に対しましてもお礼申し上げます。

さて、ブリティッシュ・コロンビア大学における日本法研究について申し上げます。U・B・Cはトロントの外における最大のコモンロー大学でございます。太平洋に面し、西カナダ及びカナダ全体の経済社会的な状況のもとに存在する大学であります。

カナダの西部はことに森林資源及び鉱物資源を重要な資源としております。すでに学長もおっしゃいましたようにブリティッシュ・コロンビアといったしましては太平洋地域に重点をおいた研究を行っており、ことに日本に重点をおいた研究を進める様になってきています。日本・カナダ両国が工業化社会から脱工業化社会に向うにしたがって私共の相互依存は大きくなくなるでしょう。それぞれの国の通商法及び関税関係法はお互に

理解する必要性がさらに深まってまいります。

また、日本法についてもそうであり、刑法・財産法、或いは憲法等につきましても比較研究を行い、それによって法律専門家及び両国政府の関係者がそれぞれの関心にしたがって相手国に関する問題を、より効率的に探求出来るようにしなければいけません。

そういった観点からマルコム・スミス教授をその長といたしましてカナダのベル財団からの資金、大平基金及びブリティッシュ・コロンビア大学の基金によつて日本の法律の研究がすすめられました。日本の著名な法律専門家のご援助もいただきました。又私共の同僚を日本に派遣し、ただ単にペーパーを発表するだけでなく具体的な研究を行うかたちにもなつてきております。

ブリティッシュ・コロンビアにおきますこの研究はカナダの法律研究の中でも特有のものでございまして、私共といたしましてはこれに重点をおいてまいったわけです。そして過去数年の間に既にその成果は大きくなつてきていると思います。中京大学にも大変お世話になりました。ありがとうございます。

司会 それでは続きましてこの会議の為に側面から色々とご支援いただいたおりますカナダ大使館のバーネットさんに一言ごあいさついただきます。よろしく願います。

バーネット (B. L. Barnett: 駐日カナダ大使代理)

今日は大使が残念ながら出席出来ませんのでかわりにメッセ

ージを代読させていただきます。

カナダ大使館を代表しこの会議に参加されるために時間をさかれた皆さんに感謝申し上げます。これはカナダ法に関して開かれる最初の会議であります。中京大学の方々には会議の成功をお祈り申し上げます。この会議を通じ二国間の理解が深まる事を望みます。日本及びカナダはお互いに貿易面で重要な国であります。今後私共が望む速さで貿易を進めるためには、相互の理解を深めすべての面にわたって関係を強化する必要がありますと思います。カナダ大使館としては今回の会議の組織にあたってわずかなりともお力添えを出来た事を嬉しく思っています。

なぜならば、この様な学術面での交流はお互いの国の相互理解の基礎になると考えるからです。このような学術的交流を通じて、私共はより親しい友達になり同胞になるものであります。中京大学及びU・B・Cが今回の催しを考えられました事を賞賛いたします。

ちょっと個人的な話をさせていただきたいと思います。私は七年間東京に住んで四年間大使館で広報・文化交流の仕事をしてまいりました。その間で一番残念だったのはカナダと日本の大学の交流が非常に少なかったことです。多くのビジネスマンにはお会い致しました。カナダに投資して居る日本側の方々とお会いしたわけですが、そこでひとつ感じますのはいつも日本のビジネスマンの方々がカナダを批判されることです。一

つは外資審査局のこと、それからもう一つは、カナダの憲法についてであります。それはカナダの憲法をみるといったい認可を得るためにどの局に行けばいいのかわからないとの苦言です。カナダで企業を設立する、或はカナダで投資をする際、認可を得る為にどの局に接触すればいいのかわからないと言う事の様でありました。たしかにそういう問題があるわけですが、でも、この問題の責任は一部日本の大学にもあるのではなからうかと思えます。

日本の大学は今迄真剣にカナダの事を取り上げておられなかったと思います。多くの大学生にとりましてはカナダはアメリカ合衆国の一部にすぎない、或はその脇にある小さな国と言うことでありまして、カナダ研究はほとんど行われていないと思うのです。実際にカナダ法を教えている大学は非常に少いわけです。それも当然の事と言えます。日本人が何を研究するのかは自由に決める事でありますが、しかし日本のカナダにとつての重要性、カナダの日本にとつての重要性を考えますと、お互いにそれぞれの研究を進めるコースを設けるべきであると思います。将来の指導者達になぜお互いが重要なのか、又なぜそれぞれ違うのかという様な事を充分認識させる必要があります。

日本のビジネスマンがカナダの歴史、カナダの憲法の背景等をよく知っていれば、まえもってカナダに投資する場合にどういう問題がひかえているか認識出来るはずであります。それか

ら外資審査に付きましてもやはりこのような規則を導入しよう
と決定した理由はそれなりに歴史的な背景としてあるわけであ
ります。しかしそういう勉強をしなければわからないわけで
す。その意味でカナダ大使館の私共と致しましてはある程度迄
今回の会議に関与出来た事を大変嬉しく思います。又大使のメ
ッセージにもありました様に今後のカナダと日本の間の関係の
育成にも役立ちたいと思っております。

司会 どうもありがとうございます。続きまして、この会議
開催のきっかけとなりましたカナダ、ブリティッシュ・コロ
ンビア大学の日本法研究部門が始められた時の法学部長で、現在
カナダの判事をしていらつしゃいますリシック先生を御紹介い
たします。……それからさっそく会議に入りたいと思いますけ
れども、この会議の議長団を御紹介しておきたいと思えます。
まずカナダ側のコーディネーターとしても活躍されましたマル
コム・スミス教授です。つづいてカナダのブリティッシュ・コ
ロンビア大学に初めての日本人客員教授として招かれました名
古屋大学の森島教授でございます。……それから次に中京大学
で労働法を担当しております、アメリカのサンタクララ大学
に客員教授としてまいったこともございます橋詰教授でござい
ます。以上御紹介したところで議長団にバトンタッチいたしま
してオープニングセレモニーを終わらせていただきたいと思います。
す。

二、基調報告

スミス (M. Smith: U・B・C教授⁽¹⁾)

皆様どうぞよろしく

お願い致します。私はブリティッシュ・コロンビア大学法学部
のスミスと申します。私の出身はオーストラリアでございます
けれども、二年前にオーストラリアからカナダに移つてこのブ
リティッシュ・コロンビア大学法学部の日本法律研究プログラ
ムの一員になりました。比較研究、特にアジアの法関係の研究
はカナダの大学教育においては比較的新しいわけでして、U・
B・Cは中国法及び日本法については先進的な役割を果たしてい
ます。そもそもなぜ日本の法律をカナダ人が勉強しなければな
らないか、またなぜ日本の法律家がカナダ法の勉強をしなければ
ならないかということは当然問題になります。私の感じでは、
日本では旧英連邦諸国の法律にはあまり関心をもたれなか
ったようであります。大体、日本における学者や弁護士も多く
はアメリカ及びドイツにもつばら関心を向けていて、その次に
ある程度フランス法それから共同体及びイギリスの法律に対し
て関心を向ける。ごく最近になって日加両間の経済関係が拡大
するにつれてようやくカナダの法律に対する関心も芽ばえてき
たかにみえます。

当然のことながら経済関係が緊密化すれば法律専門家も相手
国の法を研究しなければならないわけです。そこでこの会議を
通じて、カナダは独自の法体系を持っていること、カナダの独

自の状況に基づいて発達してきたものを持っているということ
を認識していただきたいと思います。カナダ法はイギリス法な
いしはアメリカ法をお手本にしてこれらを真似したものである
と考えるのはとんでもない間違いであります。英米法から得た
知識をカナダに対してあてはめる時には大いに留保・修正され
なければなりません。

細かいこと以外にももっと、基本的にカナダ法に関心を示し
ていただく理由があるわけであります。いうまでもなくアメリ
カ法の影響というのはいさぎよく受け入れられ、さきほども言
ったようにカナダ法がアメリカの法律をそっくりと真似してい
ると思えては間違いです。そのような一元的な見方でコモロー
を見ることは間違いのもとなるでしょう。

また日本の法体制についてもアメリカの法をスケールにして
はかるのが慣習だと思えます。カナダ法についてもどちらかと
いえばアメリカ法を対称軸にすることが多いのであります。け
れども、その場合にも我々は常に批判的にやるわけでアメリカ
の法律が変わったからといって我々の法をすぐ変えるというよう
なことはしません。はたしてカナダに適應するかどうかを充分
に検討します。我々は文化的にも社会的にも政治的にもアメリ
カとは違っていますから、法的な解決の仕方も当然違ってこな
ければいけません。この二日間の会議を通じまして、カナダ的
な特徴をなんとか説明してみたいと思います。カナダも日本
も、日本・アメリカ・カナダという三カ国の関係を研究するこ

とによって裨益することが多いかと思えます。ほんの二、三で
すけれども、日本の特徴といえますか興味深い点について申し
ます。たまたま、もし私がアメリカ人に話をしているとした
ら、そして日本とアメリカがどんな関係にあるのかをいうとす
れば、日本について次のようなことを申し上げられると思いま
す。一二点にわたります。(1)アメリカを最も重要な貿易相手と
する国。(2)立憲君主制に基づいている国。(3)イギリス型の政治
体制を持つていながら大統領は欠いている国。(4)人権を非常に
重視しており、この人権に対する関心がアメリカ憲法に由来し
ている国。(5)議院内閣制をとっている国。(6)一九四五年以来ほ
とんど一党独裁が続いている国。(7)反対党は政権政党が無理を
した場合にはあえて議會をボイコットすることもあり得る国。
(8)人口の大部分が非常に狭い大都市地帯に集中している国。(9)
農耕可能面積が全国土の二〇%以下しかない国。(10)国民の識字
率が非常に高い国。(11)国の経済的な土台の確立が外国貿易に高
度に依存している国。(12)その法体制の中心にシビルローとコモ
ローの影響が極めてよくみられる国。以上であります。こ
の十二の特徴点を示せばアメリカの聴衆はああこれはまさに日
本のことだとわかると思います。しかもこの一二点はカナダに
もそっくりそのままあてはまるわけでございます。

日本の皆様はカナダとアメリカは似ていると思ひ、これを同
一視しがちかもしれません。しかしアメリカとカナダは今申し
ましたような一二の点で、日本とアメリカが違ってくる違つて

いるのでありますから、カナダについて、単に日本よりもアメリカに近い国と考えるのは間違っていると思います。

勿論日本とカナダの間にはたくさんの相違点がございます。違う点をいくつか申し上げますと、まず日本は歴史始まって以来独立国であります、カナダは属領としての歴史が長く、しかもイギリス及びフランス双方との関係が深いわけであり、日本の法体系は全国一律でありますけれども、カナダの法体系は連邦システムに基いております。この点について特に申し上げたいのは、カナダのこの連邦構造はアメリカの連邦構造とはかなり違っているということ、特に中央政府と州政府との間の権力の分布という点においてはアメリカとは大分違うということ、これを強調しておきたいと思えます。また日本は国語は一つでありますし、民族も非常に統一されていて、日本中どこにいても日本語という公用語を使うことができますし、お互いに意思の疎通もできますが、カナダは二つのヨーロッパの伝統が共存しております、英・仏両方がございます。その結果としてカナダには二つの公用語がありますし、このことが社会全体に対しても大きなインパクトを持っております。また法体系にも大きな影響を及ぼしています。

たとえば、すべての法律及び法廷における判決は連邦レベルでは必ずフランス語と英語で出さなければいけません。その点日本のように人種的な統一性がとれている国とは全然違うわけであり、さらに加えて、カナダの場合は、土着民族の割合

が高まっておりますし、そこにアジアからの移民が増えてきています。このアジア地域からの移民は最近でも増えています。ヨーロッパからもきています。アメリカはいわば人種の坩堝という形で入ってきた民族も文化も吸収しますけれども、カナダではモザイク様式だと考えられます。つまり、外来の文化と土着の文化はお互いに調和しつつ共存するという形をとっています。こういった点について詳しい説明はそれぞれの報告者が行います。

(1) Malcolm D. H. Smith 一九四五年オーストラリア生まれ。一九六八年メルボルン大学法学部卒業。その後さらにハーバード大学、東京大学などで日本法の研究に従事し、法学博士号を取得。メルボルンのモナッシュ大学(Monash University)で教鞭をとったのち、一九八二年にカナダにわたり、現在ブリティッシュ・コロンビア大学教授。この間、数度来日し、とくに今回の日加法律家会議の開催にあたっては中心的な役割を果たした。

スミス教授を日本法研究のディレクターに迎え入れて、U・B・Cにおける日本法研究が本格化するが、目下左記のような研究プロジェクトが組まれている。

1. Japanese Law and Society: A Comparative Perspective

Professor J. C. Smith.

2. Canadian and Japanese Approaches to Legal Problems

A. The Suitability of the Japanese Environment

- ntal Dispute Law in a Canadian Context. Professor Robert T. Eranon,
- B. The Japanese Industrial Relations System: Can This Model Be Transplanted to North America. Professor Joseph M. Weiler,
- C. The Revision of the Japanese Commercial Code 1981. Professor Malcolm Smith.
- D. Securities Regulation in Japan and Canada. Professor Malcolm Smith.
- E. A Comparative Analysis of the Regulation of Mergers and Takeovers. Professor Marilyn MacCrimmon,
- F. The Rights of Indigenous Populations: Japanese Law and the Ainu. Professor Douglas Sanders.
- G. Condominium Law and Housing in Japan. Professor Dennis Pavlich.
- H. Landlord and Tenant Disputes in Japan. Professor George Klippert,
- I. Tax Implications of Canadian and Japanese Trade. Professor M. O'Keefe.

(佐保雅子)

二、第一部

(a) 日本法

マルコム・スミス 森島先生は私に日本語でしゃべれとおつ

しやってくださいましたけれども、時間の都合がありますので、あえて英語でしゃべらせていただきます。日本語の方は、サイマル・インターナショナルの通訳の方におまかせいたします。

前置きとして、二つのことを申し上げます。一つは、なぜ私がU・B・Cに移ったか、これは日本の友人から聞かれますけれども、さきほどの映画をご覧になった方には、その理由の一端がおわかりのことと思います。U・B・Cには素晴らしい日本庭園があるなど、日本のことを研究する者には実に魅力的な所であります。皆さん方も、U・B・Cにお出かけの節には是非とも日本庭園や日本館を見ていただきたいと思ひます。

もう一つは、個人的な話ですけれども、今日ここで私の報告についてコメントをして下さるのは、私のかつての指導教授であります東京大学の田中先生でありまして、私は戦々兢兢としています。私のペーパーを読んで下さった方は、田中先生の影響が非常に強いということがおわかりだと思ひます。私は田中先生のお手伝いをいたしまして、日本の法体制に関する本を書きましたけれども、その年は田中先生が日本ないしアメリカにおられ、私自身はオーストラリアにいました。そこで、あまり深く原稿を検討する機会がありませんでした。本日は、あれ以来始めて田中先生のおそばにすわり、皆様方の前で議論することになりました。大へん幸せなことであります。

さて、今日ここで私が申し上げたいことは、私のペーパーの⁽²⁾

六頁のところからであります。六頁以前につきましては、昨日ちょっとお話をいたしました。私の論点を簡単に述べまして、田中先生に私のペーパーのどの部分でも結構ですからコメントをいただきたいと思ひます。

第一点、英連邦に属する国の比較法学者として、私は日本の法体制に関する外国人の研究は問題があると思ひます。注意を要する点は、大多数の研究がアメリカの学者によつてなされてゐるということでありまして、ほとんどの場合、法の世界においては訴訟というものがいかに重要かという立場からの研究であります。すなわち、アメリカの学者の立場なり見方が非常に色濃く出てゐるわけでして、私自身としては訴訟というものが法の世界の中心にあるとは必ずしも考えていません。アメリカ人的なものの見方からすれば、いろいろな法外的な紛争解決手段が法廷の外に存在するということは、訴訟の正当性に対する脅威を意味します。したがつて、日本的なやり方に対しては非常に批判的でありまして、彼らの論文を読むと、紛争解決はもつぱら法廷に任せるべきであるというセンチメントが強く出てゐるのであります。

従来の日本法研究のあり方には問題があるように思ふわけですが、この点につきましては、田中先生のご意見をあとでおうかがいしたいと考えております。

第二の問題ですが、これは私のペーパーの八頁に出てゐます。交通事故にかかわる訴訟件数を事例にして、問題を考へて

みたいと思ひます。従来、日本においては訴訟が少ないということがよく言われていますが、それは主としてアメリカとの比較から生れてくる考え方です。だが、八頁から十一頁にわたつて種々数字を掲げていますように、イギリス、カナダ、オーストラリア、そしてニュージーランドの例を見ますと、交通事故にかかわる訴訟件数というものは日本の場合とあまり交らない、案外似てゐることに気づきのことと思ひます。アメリカの事例だけではなく、もう少し広くヨーロッパ世界の国々とも比較してみますと、一般に考えられてゐるほど、日本は特異な国ではないと言えましょう。

たとえば、交通事故にあひながら、なぜ被害者側が訴訟を提起しなかつたかという理由をみましょう。たとえば、イギリスのピアソン・コミッションの一九七三年のデータを出して見ますけれども、イギリスにおいては、交通事故にあつて負傷した人のうちわずか六・五％しか裁判所を通じて、つまり訴訟を提起して賠償金を取つていないのであります。

この第二の問題に関連して、これは森島先生のお話をおうかがいしたいところですけれども、私は無過失保険制度ができたことによつて裁判所に訴へる必要がどのくらい減つたかということに興味をもつております。私の考えでは、この無過失保険制度というものは、訴訟が唯一の紛争解決の道であるという考え方に対する挑戦であるように思へます。事故の補償を求めて事件を裁判所に持ち込むよりも、この保険による賠償の方が大

きな役割を果す傾向が出てきているわけですから、今後、無過失保険制度が広がることによって訴訟数が減少するか否か、裁判所の役割が低下するか否か、私は非常に興味があります。そのようなことにつきましても、あとでお話をいただきたいと思っています。

つぎに第三の問題。これは田中先生と竹内先生の論文を参考(8)にしているわけですが、名誉毀損に対する賠償金が日本においては大へん低いという問題があります。皆さん方の参考のために、カナダにおける名誉毀損については私のペーパーの中で簡単に述べてあります。時間がありませんので、暇なときに読んでいただきたいと思います。ともあれ、名誉毀損の問題は日本人の法意識の問題を考えていく上で、大へん興味深い問題だということを指摘するにとどめておきます。のちほど議論して下さい。

第四に、カナダと日本の類似点について一言述べておきます。この点については、カナダの法学者はあるいは賛成しないかも知れませんが、田中先生にも必ずしも賛成していただけないかも知れませんが、私の印象では、カナダ人はアメリカ人ほどには訴訟モデルに影響されていないように思います。もっとも、カナダと日本を比べてみますと、カナダは日本ほどには調停とかその他の訴訟にかわるべきメカニズムを発達させていないのは事実であります。いずれにせよ、もしカナダが訴訟重視型としてはアメリカよりも穏健であるとするならば、今後カナ

ダは日本の制度から多くのことを学ぶことになるのではなからうかと思っています。

最後に、カナダと日本が似ている分野として、外国投資および外国貿易に対する法的規制の問題がありますが、このことについてはマイルズさんが別のところで取り上げることになっていきますので、ここでは割愛いたします。

それでは、田中先生と森島先生にコメントをお願いいたします。まず、田中先生からお話ください。

田中英夫（東京大学教授） 若干のコメントをいたします。スミスさんのお話の初めの六ページばかりのところは昨日お話になったそうですが、私はこの点について少し最初に発言したいと思います。スミスさんはそこで日本の比較法学者に対して二つの批判をしていらっしゃる。すなわち、一つはこれまでに日本ではカナダ法についてあまり研究がなされていないかったということ、もう一点は、これまで日本においては英米法というものを英米法系に属する国の間であまり差のない一枚岩的なものとして理解する傾向が強かった、という指摘です。

最初の点につきましては、私はギルティという答弁をせざるをないのであります。日本において今までカナダ法が十分に勉強されてきたかといえ、ここ数年来のことを除いては、そうでなかったと言わざるをえないわけです。しかし二番目の点につきましては、実は、日本における英米法の研究はイギリス法の研究から始まるわけですが、一九二〇代に高柳賢三先生がア

メリカ法の特殊性を強調され、さらに進んでコモンウェルス諸国の法の間の差異について研究されて以来、英米法というのが、たとえばイギリス法がわかれば他のことは総てわかるというような意味での一枚岩であるとみる見方は、なかったように思われるのでございます。

第二に、今日お話のあった点に入りますと、私はこの問題については言わば二正面作戦を強いられるような立場にいるわけです。私は一方では日本人の法意識はいろんな社会的、歴史的な背景に基づいているものであって、したがってそれは社会の状況が変るとともに変化しうるものだというふうに考えております。したがって、私は川島武宜先生や野田良之先生のようには、日本的なファクターを非常に強調されて「日本人の法意識、権利意識の欠如」というものはなかなかなくならない」という考え方には反対であります。この私の見解につきましては、私自身が書いたものの中ではつきりさせているはずでございますが、ときどきそうでない印象を持たれる方がいらっしゃるようです。この点は、私と竹内さんとの共同で執筆した論文「法の実現における私人の役割」をご覧になっても、十分出ていると思います。他方、私は、最近若干の方から言われておりますような、日本人の法ないしは権利に対する態度の特殊性を非常に小さく見る、あるいはさらに進んで否定するという考え方に賛成しかねるのです。それが二正面作戦の二正面作戦たる所以です。

たとえば、日本人の法意識が特異性を持っているということを否定する方は、日本において訴訟が少ない理由として、訴訟に時間がかかるとか、とりわけ弁護士の数が少ないことに基づいているというふうにご発言になります。しかしながら、私はそれだけではないのではなからうかと思えます。第一に、日本において弁護士の数の少ないということ自身、日本の社会的な背景に基づいているものでありまして、たとえば、明治時代に日本政府があれだけ急速に西欧的な官僚制を樹立しながら、そしてまたそれに付随して裁判所制度を整えながら、十分の数の弁護士を養成することには熱心でなかったのはなぜかといえ、それはやはり、日本人の法、権利、裁判に対する特別な態度を反映しているのではないかと思うのです。

ワシントン大学のヘイリー教授は日本語に翻訳されている論文の中で日本人に法意識がないというの(1)は一つの神話に過ぎない——それが彼の論文のタイトルであります——という主張をされて、二十世紀の前半において日本で訴訟が少なかったのは弁護士の数が少なかったからだと言われるわけですが、私はやはりそれには賛成しかねるわけ(2)であります。そしてこれに付随して申し上げますと、あとで申し上げますように、訴訟の数は必ずしも決め手ではありませんけれども、日本における人口あたりの訴訟の数をみますと、アメリカよりずっと少なく十何分の一以下であるのは当然といたしましたが、たとえばイギリスとかフランスとかドイツとかに比べても五分の一とか六分

の一の数に過ぎないということは、やはり何かの説明を必要とする事実ではないかというふうに考えるわけであります。ちなみにヘイリー教授がその実証の基礎として使われておりました数字には疑問があります。この数字には、過科——たとえば子供の出生届を二週間以内に出さなければならないのにその期間内に出さなかった時に科せられる制裁——の数まで含められているというものでありまして、これはこういう問題についての比較法的な研究の基礎として用いるのは大変不適當ではないかと思ひます。過科の数は毎年二〇万件にのぼるのでありまして、その数を含めたものを基礎に、日本で民事訴訟の数が少ないと論じるのは、私は基本的な間違いではないかと考えております。

問題は、ある意味では程度の差の問題であります。しかしあるところから先へいけば量の差ではなくて質の違いの問題になつてくるのではないだろうかと思ひます。

先ほどスミス教授が引用されましたピアソン・レポートにしましても、日本にはピアソン・レポートのような研究はないわけですが、たとえば六本佳平教授がいちいち面接調査をして日本の交通事故の被害者をお調べになつたものとの間には、やはりかなりの差があるわけです。そこで、私は質の差といえる差があると思ひていいのではなからうかと思ひます。さらに時代をさかのぼりまして、アーサー・ヴァン・メーレン教授が編集されました書物⁽⁷⁾の中で川島教授が分析されております一九二〇年

代、三〇年代の状況を見ますと、そこにはやはり顕著な差があるように私には思われるわけであります。

程度の差か、質の差かという問題は、このスミス教授のペーパーの中に引かれております名誉毀損に対する損害賠償の問題についてもあらわれてくるのです。私は名誉毀損に対する損害賠償の問題は、不法行為における金銭賠償を単に補償的なものと考へているか、ある程度は法の違反を抑止する、そういう意味で制裁的な要素を持つものとして理解するかという点で重要な比較の対象として大変面白い分野だと思ひるのでございますが、このスミス教授の論文に書かれております三千ドルの損害賠償が与えられたという事件は、正確に言えば百万円ですけれども、ある政治家に對しまして非常に大きな不正を行なつたという非難が約五百万人の購読者をもつ新聞に載つたという事件において、そういう事件においてさえ、私に言わせれば、三千ドルしか損害賠償が得られなかつたというのは、やはり程度の差以上のものをもっているのではないかと思ひます。

第三に調停の問題があります。最近アメリカの学者の中にも、日本の調停制度や、その他の紛争解決における訴訟以外の手段に對して興味を持っておられる方が増えてまいりました。しかし私は、アメリカの現在の問題を解決しようとする動機からくるんでしようけれども、しばしばそこに、調停制度に對する過大な期待があるのではないかと感じます。調停にはいふまでもなく家事調停と一般の民事調停との二つがあるわけですが、

が、家事調停の方には本来法律的な解決にいきなりもっていくよりも調停にかけた方がいいという性質の問題がかかりますから、家事調停は現在日本でもうまくいっていると思います。だが、民事調停については数々の批判があり、その結果、民事調停法が改正されて、ルールに基づかない調停というよりも、やや簡易裁判的な色彩を強くする方向に動いていったということがあるわけです。

金沢大学の佐々木教授の論文⁽⁸⁾にもありますように、民事調停に対する不満はわが国ではかなり強いのです。日本には「調停裁判」という俗語がありますが、簡易な裁判が得られると思っただけは法の趣旨に反したはつきりしない解決が与えられたという不満を持つ人が多いことが、佐々木教授の研究に述べられております。そしてこれは、わが国の工業化が進み都市化が進みまして、旧来の社会の秩序が崩れてくる、そして人間が否応なしに個人主義的な世界に住まざるを得なくなったことから出てくる法意識の変化であり、それが制度にはねかえったものではないかと、私は思います。

第四番目に今度は私の弁明みたいになりますが、私と竹内教授との論文においては、決して、訴訟の数が多ければ多いほど法の民主化、法における民主主義というものが達成されると述べたわけではありません。むしろ私としては、法律問題を裁判という場で解決する道が十分に開かれているかどうかを問い、とくにその法律問題を裁判所に持ち出すことが（検察官を含

む）行政官、言いかえれば国家の側に委ねられている面が大きいという制度になっているのは問題ではなかるうか、という点を指摘したわけであります。すなわち、一般人でもっと自由に法律問題を法廷に持ち出すことができるということが、やはり法を一般の民衆に近くする上で重要ではないか、ということがポイントであったわけであります。その点が実現されていれば、仮に訴訟の数が少なくても、——まあ訴訟の数なんていうのはどうせいろんなファクターによって左右されるものですから、訴訟の数が少ないこと自体はどうということはないと思いますが——、しかし日本ではそういう点での手当ては行き届いていない、というのがわれわれの見解だったわけであります。

たとえば、われわれの論文でとりあげた例を引かせて頂ければ、戦後日本で独占禁止法というものをつくり、それがアメリカの影響を非常に強く受けながらも、しかし日本の場合には独占禁止法上の請求を裁判所に出すためには公正取引委員会での禁法違反があったという審決がなければならぬ。要するに、私人による訴訟は、そういう審決があった後でなければ独禁法上の訴訟としては提起出来ないという制度がとられている。その後、解釈で一般の不法行為法上の請求としてなら審決がなくても訴訟提起できるという考えが出されましたが、法律自身では、アメリカとはつきり違っています。それから、アメリカの独禁法にあります、独禁法訴訟を起こして勝訴すれば、原告は合理的な額の弁護士報酬を相手方から取ることが出来るという

規定も、日本では採択されていないのであります。これらのことは、個人が法の分野で大きな役割を果たすことに対して否定的な態度を示すものではなからうかと、私は考えております。独禁法を実行するのは公正取引委員会という公の、日本人の言葉でいけば「御上」の機関がまず第一になすべきものであって、それに対し普通の人間が手を出すということはあまり歓迎すべきものでないという態度を示すものではなからうかと思えます。そういう法の在り方というものが健全なんでしょうか、というのを私は問題にしたわけでありまして。

たとえば、独禁法について日本でも大きく報道されましたF・T・Cのガイドラインにつきましても、日本では公正取引委員会がああいうガイドラインをつくれれば、それで問題はほとんど終りと言っているわけですが、アメリカの場合には、F・T・CのガイドラインというのはF・T・Cがこういう行動をするというだけでありまして、個人が独禁法上の訴訟を起すときにそれに拘束されるわけでは必ずしもないのであります。そういう違いについて、どちらがいいのかは価値判断の問題です。で、私は私なりの見解を持っております。けれども、他の方は違う見解をお持ちになるかもしれません、しかし問題はそういうところにあるわけでございます。

スミスさんのペーパーに書かれたことにお答えするとすれば、そういうことでありますが、以上の点だけをお聞きになると、スミスさんは私の第一の敵であるような印象をお持ちにな

ったかもしれませんが、彼が私の本を手伝って下さったことからもわかるように非常に親しい間柄ですから率直に私の意見を申し上げた次第であります。

外国の法を学ぶには、その国の社会的歴史的な背景をよく分析していかなければならない。そして、これは日本法を研究する場合にもそうでありまして、スミスさんが強調されますようにカナダ法を研究する場合にもやはり重要な点だろうと思えます。つまり、カナダの問題を十分認識して、カナダの国、カナダの社会についての理解を持った上で比較をしなければいけないのではなからうかと思うのです。そういう大筋の点ではスミスさんと私は一致しているつもりであります。また、日本人の見方に対するスミスさんの批評も、われわれが問題を考える上で大いに役に立つのではないかと考える次第であります。少し長くなりましたけれども、これで終ります。

マルコム・スミス ワシントン大学のジョン・ヘイリー教授に電話して、弁明をお聞かせ願いたいですね(笑)。

私のペーパーではあまり明確には出ていませんが、たしかに英語で書かれた日本法の文献に目を通すと、アメリカとの比較ばかりが目につきます。考えてみれば、アメリカの法学者以外には戦後これだけ日本の法律を勉強した者がいないわけですし、また日本の学者もアメリカへ行く人が多かったわけですから日米間の比較が多かったのは当然だとも言えましょう。その辺の事情については十分わかるわけですが、ともあれ、そろ

そろ反省しなければならぬ点だろうと思います。アメリカ中心の比較のわく組みを少し変えて、従来の研究で不足している点をわれわれの手で補っていかなければならないと、私は痛感しています。

森島先生、何かコメントをいただけるでしょうか。

森島昭夫(名古屋大学教授) 日本の学者は外国というところ、くにアメリカのことを考える傾向がありますが、それは、統計などについては、アメリカのものが割合に出ているものですが、イギリスでピアソン・コミティーのレポートがでるまでは、アメリカのものを利用するのが便利だったという事情があると思います。そこで、欧米と日本を比較する場合には、アメリカにおいて訴訟の数が多いことだけを基準として、日本においては訴訟の数が少ないと言っておりました。しかし、イギリスやドイツなどに行つて話を聞きますと、それらの国においては訴訟の数がアメリカに比べますと圧倒的に少ないわけであります。いずれにせよ、さきほど田中先生がおっしゃったように、訴訟の数だけで権利意識を決めるというわけにはいきません。問題はその内容だと思っています。したがって、スミス教授がカナダと日本とがむしろ似ているというふうに指摘されたことには賛成いたしますけれども、しかし数の上だけで似ていることが内容についてまで似ていることになるかどうかということについては、慎重に検討しなければならないと思います。これが第一点。

第二点ですが、日本人の法意識について、さきほど田中先生から川島先生の見解が示されましたけれども、私はこの場合には「法意識」とか「権利意識」とかいう言葉の問題があると思います。つまり裁判所ですべてのことを解決することが法であり、裁判所が命じたところのものが権利であるならば、日本においては少なくともアメリカ等に比べて権利意識が少ないと言えましょう。しかし、そのことと自分の利益を守ることとは別のことであります。日本人は裁判所に頼らないで自分の利益を効果的に守ることができるといふ認識をもっています。少なくともこれまでではそのような意識をもっていました。そして、裁判所を使う場合の方がより自分の利益を守れると考えたような場合、たとえば、金額が大きいとか、裁判の方がより容易に利益を守れると考えた場合には裁判所を使うということであったと思います。スモンの訴訟などを考えてみますと、これは五千人以上の人が訴えを提起しておりますが、このスモンの訴訟はなにも裁判所に出てきた人たちが訴訟によって全てを解決しようとしたものではありません。訴訟をテコにして、政府が一種の行政指導にのり出したり、裁判所が全体的な解決について斡旋したりすることを期待して訴訟をおこしたわけであります。そこで訴えが提起された多くの裁判所では、訴訟経済というところもありましょうが、むしろ政治的な解決を求めて東京地裁の出方を待っていたという状態でありました。その意味で私は自分の利益を実現するための方法は、日本で裁判以外にも

たくさんありうると考えるのであります。それらの方法の中で裁判所のはたしえた役割が従来は比較的に低かったのだと思います。

その理由について、時間がありませんので簡単に申し上げますと、日本では、相互依存的社会といえますか、「お互い様」という考え方がるように思います。そこで、公害とか薬害の訴訟の場合のように、相互互換的でない場合を除いては、訴訟をおこすよりも、相互に友好的関係を維持しながら、「今回はおまえの方で損失を償え。つぎは自分の方がもと」というようなやり方のほうがより効果的であったから、その限りにおいて訴訟が少なかったのだらうと思います。この「お互い様」という考え方は日本人の契約観念の中にもあらわれていると思います。

ところで、周知のように、最近日本においても全体として訴訟の数が増えております。また、他方では、たとえば交通事故などにおいては交通事故紛争処理センターというようなものを設けまして、裁判所によらずに、保険会社が公正な第三者を選んでそこに紛争解決を依頼するという制度が設けられますと、そのような場所で処理する件数はしだいに増えていきますけれども、裁判所の受け付ける交通事故の件数が減っていくというような現象もございます。言葉をかえていえば、裁判所以外の行政上の紛争処理機関が十分働かないというところでは、訴訟が使われるということでもあります。

あと二点、ショート・コメントをしておきます。一つは損害賠償の額、さきほど名誉毀損のことがございましたけれども、やはりこれは名誉というものに対していくらの金銭的な価値をあたえるかという国民の考え方に関連する問題だと思えます。なまじ金を払ってもらうよりは、謝罪広告をしてもらった方がはるかに効果的だとみんなが考えているときには、名誉毀損の損害額はあまり大きくなりません。それから他方、たとえば、ここ十何年の間に人の生命、身体に対する「価格」が非常に上昇しております。これは、やはりみんなが生命身体に対してどう考えを持っているということとかかわっているだらうと思います。これがショート・コメントの一つです。

もう一つは、ノー・フォールトについてであります。アメリカにおいてノー・フォールトというのは、要するに加害者のフォールトを要件にしないで、例えば交通事故に遭遇した人を救済するというものでありますが、日本でこういう制度を採用することの一つの危険性は、そのためにかえって被害者が受け取る損害賠償額が減ってしまうのではないかと点にあります。選択の問題であります。私個人の意見としては、やはり社会保障を充実するか、さもないければ簡単に訴訟を提起できるようにしながら過失などの救済要件をゆるめていくほうが現在の時点では有効ではないかと思っております。

マルコム・スミス 田中先生の方からコメントがあります。
田中英夫 二、三つけ加えさせてください。第一にイギリス

の司法統計の問題ですけれども、人口比例にしてみましたイギリスの方が日本よりも訴訟の数が多いということは、私がかって『英米の司法』という本に指摘しておいたとおりです。そこで指摘しましたように、とくにその差が少額事件において多いということは、やはりわれわれの問題を考える上で重要なものではなからうかと思えます。なぜそうかという話をしますと一時間位かかりますから、もうその点についてはここでは割愛いたします。

それから、法意識と私が言ったときに私は単に利益を保護されるということで考えているわけではなくて、やはりたてまえとしては両当事者の上にある既存のルールに従って問題を解決してもらおうという態度をとるかどうかということでもあります。たとえば、日本では、契約で紛争がおこったときには当事者は和解の精神をもって譲歩しろといわれますけれども、試合が始まってからルールを作ったところでアウトとかセーフとか言うという、そういう解決の仕方が多かったような感じがいたします。

それから、名誉毀損の問題について一言だけ申しますと、森島さんがどれだけの額を以って満足をするか、が国によって違うといわれたのが、まさに私の問題とするところであります。それだけではなくて、どれだけの金額を課すれば名誉毀損というものを抑止することができるかという観点が日本の場合には欠けている、少なくともアメリカのこの問題に対する処置の仕

方と違うのではないかと思います。その違いが損害賠償額の大きさにあらわれているのではないか、というのが私のポイントであります。

マルコム・スミス どうもありがとうございます。残念ながら時間がなくなってきましたので、シンポジウム第一部の後半部分、ジョセフ・スミス先生のご報告に移りたいと思います。

(1) Hideo Tanaka, & Smith, Malcolm D. H., 1976, *The Japanese Legal System*, Tokyo U. T.

(2) シンポジウムに提出されたスミス教授のペーパーは、中京法学、一九巻・一号に掲載されている。あわせてご参照いただきたい。

(3) 田中英夫・竹内昭夫、一九七一、「法の実現における私人の役割——日米の比較を中心として——」(四)法学協会雑誌八八巻五—六号、八九巻三号、八号、九号。

(4) Haley, John O., 1978, "The Myth of the Reluctant Litigant and the Role of the Judiciary in Japan", *Journal of Japanese Study* pp. 359-390. (一九七八、判例時報、九〇二号、九〇七号、加藤新太郎訳。)

(5) 田中英夫、一九八〇、「日本におけるアメリカ法研究・アメリカにおける日本法研究」比較法学、四二号、参照。ヘイリー教授の指摘を法史学の立場から積極的に受けとめようとするものとしては、井ヶ田良治一九八四、「日本人は裁判ぎらいの神話について——日本人の法観念の歴史的研究のために」同志社大学人文科学研究所、社会科学、三十三号。

(6) 六本佳平、一九七九、「被害者側当事者の法行動」川島武宜、平野龍一編『自動車事故をめぐる紛争処理と法』岩波書店三三―五八頁。

(7) von Mehren, Arthur (ed.) 1963, *Law in Japan*, Harvard U. P.

(8) 佐々木吉男、一九六七、『民事調停の研究』法律文化社、ほか参照。

ジュリスト(一九八三年、七九四号)の誌上をかりて簡単にコメントしておいたように、アメリカ法とは異なるカナダ法の独自性(の歴史社会的背景の固有性)を浮き彫りにしようというのが、シンポジウムの大きなねらいであった。スミス教授のことは引用すれば、“A monolithic view of the common law world is misleading”ということになる。カナダ法の独自性を強調しようとしたシンポジウムのねらいは、われわれ日本側の興味を大いにそそり、九〇名をこえる参加者の多くが異口同音に会議から受けた新鮮な印象を語っていた。今後のカナダ法研究の発展に期待したいと思う。

もう一つの大きな成果としては、カナダ法の独自性を強調しようとする議論が発展して、わが国における比較研究の主流的視座(アメリカとの比較中心)に対する批判ないし反省が語られ、さらに転じて、わが日本法論とくに日本人の法意識論に興味ある一石を投じることになったという点が見のがされてはならないであろう。日本法社会学会のシンポジウムのテーマが三

年間にわたって法意識論であったことに象徴されているように今日、日本人の法意識論は各分野においてまた活発な様相を呈している。全体としていえることは戦後の研究史をふりかえりつつ新しい展開を示そうとしているのが、今日の法意識論の特徴といえよう。すなわち、色々な分野、色々な立場があるであろうが、日本人の法意識を超歴史的・宿命論的にとらえようとする従来の傾向が批判され始めたのが近年の特徴である。このような法学界における動向が、最近流行の日本人論とからんだり反発したりしながら、どのような方向に展開していくかは予測しがたいが、いずれにせよ広範な人々の関心を引きつけていくことだけは確かであろう。このような動きの中で日加法律家会議のシンポジウムをふり返ってみるとき、そこで報告されたことをこうして記録に残すことの意味は決して小さくないと思うのである。

(石川一三夫)

(b) 法哲学

マルコム・スミス ジョセフ・スミス先生は、U・B・Cを卒業され修士の学位をとられました。東北大学の外尾先生と同期生でした。専門は法哲学であります。西洋の法の考え方の本を書かれたばかりであります。現在は東洋の法の概念を研究されております。御報告後、大阪大学の矢崎先生、松浦先生にコメントをお願いしたいと思います。

ジョセフ・スミス (Joseph Smith: U・B・C教授) 法

的及び政治的な理論とそれらの制度の間の関係は、他の分野でみられる理論と実際との関係よりも多彩であり複雑であります。多くの分野におきまして、理論はどのような現実があるかとそれと一致しなければなりません。他方、法の場合には現実はいずれも理論に一致させるように作られているわけでありません。例えば、その時に主流となっている法的・政治的な理論が法実証主義であります。行政及び立法権が主要となり、政治制度はあらゆる分野で法制度を支配します。他方、主要な政治的・法的な哲学が基本的人権の存在を前提としているならば、政治権力は司法の審査を受けることになり、司法制度は基本的な価値が問題になるいくつかの重要な点で政治制度の基準を決定致します。いかなる分野におきましてもそれが正しい、或いは誤りである、有効である或いは無効であるということができませんが、法的・政治的な理論はそういうふうに判断しにくいわけがあります。

また逆に、既存の制度を支持し正当化する傾向も法的・政治的理論にはあります。さまざまな社会的な力の為に、法的・政治的な構造の根本的な変換が必要になった場合には、法的・政治的な理論がいずれもその変換をフォロー致します。

十七世紀の英国では議会はまた裁判所とみられておりました。そして自然法或いは基本法に対する確信が政治的及び法的な理論の前提となったわけであります。十八世紀後半及び十九

世紀におきましては、主流となっている法的・政治的哲学は実証主義に変わり、ヒュームの経験論或いはベンタムの効利主義に基づいていたわけであります。これは議会が裁判所という立場から立法機関という立場へとその受けとられ方が変わったのと同じでした。ベンタムに始まり、オースティンを経てハートに至る法哲学は、議会主権というドクトリンをとりました。そして、法と道徳の分離を主張致しましたが、それは法が何であるかという問題は、法がいかにあるべきかという問題とは全く別のものであると考えたわけです。したがって、今日英国では、実証主義的な法理論の存在と形式的な権利の章典の欠如の間には一致が存在し、またそれに応じてイギリスの裁判所は、議会制定法を審査する権限を有しておりません。

合衆国憲法が起草され、基本法或いは基本的人権のドクトリンを伴う自然法が、主要な法及び政治哲学であった時代に、現在あるようなものに発展させられました。その結果、政治的及び法的制度の関係は、立法が、権利の章典にもとづいて、司法審査に服するという形に展開致しました。したがって、法実証主義がアメリカの土壌で十分に栄えなかったとしても驚くべきことではありません。今日、合衆国において、いかなる法哲学が主流であるかに正確に答えるのは困難であります。今日のアメリカの法哲学及び政治理論が、トーマス・アキナスの自然法の伝統におけるか或いはロールズ、ノットウィック、ドゥオーキンの著書の中に反映されたものであるかにかかわりな

く、なんらかの権利についての理論⁽²⁾を一般に伴なっています。

カナダの法的・政治的な意識について一つはつきりしているものがあります。それは法実証主義の正しさ、或いは基本的人権の「存在」またはその「実体」に関してコンセンサスが存在しないということがあります。カナダには、アメリカと英国の強力な文化的な影響があり、またフランス系及びアングロ系という二重の系統があります。また世界中の移民から多様な文化が入っておりますので、主流となっている法哲学はカナダにはないといつてもそれは理解できます。このようなことがすべて対立、論争、また政治的な争いに明らかに反映されておりました、その結果カナダの新しい憲法の一部として権利憲章が取り入れられたわけであります。ここでまた一つ申し上げたい点があります。基本的人権或いは人権憲章はカナダの憲法であつて人から要求されて生まれたものではありませんし、また法的・政治的な意識が変つたというわけでもありません。これはなぜ生まれたかと申しますと、政治的な力の結果として生まれたわけです。特にフランス系カナダ人、トルドー首相もそうでしたけれども、新しいカナダ憲法に言語の権利を求めたわけ⁽³⁾です。特にフランス系カナダ人の言語の権利が求められたわけであります。唯一のことを憲法に取り入れる方法、或いは少なくとも最も簡単に取り入れられる方法が、人権憲章という枠組の中であるということが認識されたわけ⁽⁴⁾です。カナダ政府はこういった人権憲章に反対していたようであり⁽⁵⁾ます。したがいまして、

立法をこういった司法審査に従わせない方がのぞしかったわけであり⁽⁶⁾ますし、また多くの政治家はこれに抵抗していたわけであり⁽⁷⁾ますが、この憲章がカナダの憲法に入ってきたのは過去を反映していたわけであり⁽⁸⁾ます。しかしこの憲章ができる前にはある主流である政治的な考え方、つまり実証主義が存在していたわけ⁽⁹⁾です。したがいまして、主要な法理論と実際の制度との間で統一がみられました。現在そういった統一がなくなつてまいりました。

法理論及び政治理論に関しての国家的なコンセンサスがないといふことはカナダ、日本両方に共通してみられるもの⁽¹⁰⁾です。すなわち西洋の法体系が取り入れられ、古い伝統的な文化にそれが適用され、まず最初にフランス、ドイツそして最後にアメリカの制度の影響を受けたわけ⁽¹¹⁾でありますから、この権利の理論という形で⁽¹²⁾の法実証主義及び自然法のどちらが正しいかといふことが日本の法哲学者、或いは政治理論家の間で意見が一致しなかつたといつてもそれは当然のこと⁽¹³⁾です。両国とも法実証主義の非常に強い知的な流れを受けておりますが、比較的最近になって人権宣言及び立法の司法による審査という原則を採用したわけ⁽¹⁴⁾であります。したがいましてカナダと日本の政治理論家、法理論家が直面している問題は似かよつています。すでに私どもの政治的、法的伝統や制度の中に存在する法実証主義の原則と、こういった法の決定の司法による審査を正統化し、それをサポートする基本的人権の理論との調和といふ問題

であります。H・L・A・ハート教授は英語圏で著名な法理論家であり、また確固とした法実証主義者であります⁽⁸⁾が、英国にとってもこの任務が重要であることを認識しました。というのは英国がヨーロッパ共同体に入ることによって、ヨーロッパ経済共同体における人権の協定を受け入れ、またヨーロッパ経済共同体の裁判所の判決を受け入れることになったからでもあります。このような共通の問題がありますので日本及びカナダの法理論家は意見の交換から多くのことが得られると思います。

私にとって明らかなことが一つありますが、それは、なんらかの外在的なより高度な地位にある法或いは、道德的法との一致は、合法性の必要条件ではあり得ないと主張する点において、法実証主義者が正しいということであります。そして、それによると、法と称されるものの有効性のテストは、ベンタム、オースティンが提案したように、法を形成するものの定義によるか、ハンズ・ケルゼンによって論じられたように「根本規範」にまでさかのぼった論理的な逸脱の発生によるか、或いは、H・L・A・ハートによって示された「承認のルール」によって測られるものでなければなりません。すなわち問題は法システムが効果的に機能するためには人は何が法で、何が法でないかということをはっきり認識できなければいけないという点です。明確性、確実性、また期待の安定性が効果的な法に必要な条件でありまして、それらは合法性がルールによって支配される場合にのみ維持できます。すなわち法は、自律的体系で

なければならず、道德或いは宗教といった外在的な規範体系から独立していなければならないわけです。

承認のルールは自律的な法体系に必要な条件ですが、それらは推論の合理的なパターンでもあり得ますし、我々が法律をつくるルールでもあるわけです。コモンローでは、ある一連の事実がある原則にあうかどうかということを決定するのに、推論の合理的なパターンを使います。またあるケースの ratio を決めるのに、またある先例が他のものよりもよりこの一連の事実に似かよっているということを決めるのにこのパターンを使っております。ある立法の有効性を判断するには、これを創造するのに使われた手続と成文、不文を問わず憲法によって規定された手続とを比べているわけであります。

約束をするとか警告を発するといった、非常に簡単な社会的行為でも、「承認のルール」すなわち、いつその約束や警告がなされたのかをいうことのできる明確で、日時がわかり得るような基準を有している必要があります。そうでないとこの約束のもととなつてゐる期待の安定性を得ることができないしまった、警告をすることによってなそうとしている危険や害悪の回避のための行動もととり得なくなってしまうわけであります。

法実証主義者が正しいと思われる基本的な点すなわち、何が法で何が法でないかを認識するための明確な基準がなければならぬとする点が存在するのと同じように、彼らが誤っていると考えられ、したがって自然法の立場の方がまさっていると考

えられる重要な点が存在致します。すなわち、法はその本質において、価値から自由であり、いかなる内容であれ合法性と両立しようと主張する点であります。たとえば、人は強制収容所に連行されるために出頭する法的義務を負うとか、いかなることであれ「合法的に」人間になされ得ると信じることはナンセンスであります。法は一定の目的、ゴール、価値を達成するのに機能しますが、人間の目的全てが法と両立できるわけではありません。すなわち法は規範的中立ではなく目的的な体系であります。基本的人権は法体系の基本的な価値を体现し、それらを価値間の優先順位という形において配列いたします。それらは法の目的の基礎をなすわけであります。

したがって法には二つの目的があります。すなわち第一に、法を一つのシステムとして機能しうるようにするという目的であります。これらは、期待の確実性、明確性及び安定性を含みます。これらの目的は、法の自律性を維持することによって達成させられます。これらは、実証主義が維持しようとする目的であります。そして第二に、法を通じて求める実質的な目的があります。自然法の理論家によって求められるものは、これらの目的の達成ということであります。

伝統的な法理論は実証主義と自然法、或いは確実性と正義との間ではっきりとした選択を与えております。これは古いコンローの格言に反映されております。「難事件が悪法をつくる」("hard cases make bad law")という格言です。す

なわち、少なくとも幾つかの場合におきましては、確実性と正義の両方を得られないということを含んでおります。つまり、法の自律と法の目的のどちらかを選択しなければいけないわけです。

基本的人権が外から、すなわち、自然法の理論家によって確信されたように道徳や高次の法から、或いはドゥオーキンによって確信されたように政治理論から法の中に導びき入れられねばならないとすれば、法の自律性と基本的人権の理論の両方を維持することはできないでしょう。しかしながら法そのものから基本的人権を発生させることができれば、法の自律が基本的人権のドクトリンと両立できないわけではないわけです。すなわち法が自律的であるとともに、目的的であり得ないという理由がないわけです。基本的人権或いはそこに含まれている価値が一定のはっきりとした基本的な法概念に暗に含まれていることを示すことができれば、法の自律の前提と一致する権利の理論の土台も得られることになります。(ここで十ページまでとばしてそれを簡単にまとめてみたいと思います。)

基本的人権についていろんな種類の主張がされておりますけれども、殆ど全てのチャーターやステートメント、或いは人権宣言に共通にみられるものがあります。したがってこの中核をなすものについては、少なくともこれらの権利は基本的なものであるというコンセンサスがあるわけです。これを二種類にわけることができます。形式的権利と実質的権利です。形式

的権利には次のようなものが入っております。まず第一に法の下の平等、また法の適正手続、そして法の支配です。実質的権利には、次のようなものが入っております。コミュニケーションの自由、選択の自由、また移動の自由です。法は人にある行動を禁止したり要求したり、或いは義務という形である行動をすることを制限します。行動、義務、また合理的人間の概念が基本的な、法という考え方の中にある概念なわけです。分析哲学という道具を使うことによってこの一連の権利は、行動、義務、そして人という概念に含まれていることが言えると思います。では時間がありませんのでこのペーパーの残りはこのままにしておきまして、皆様にコメントの機会を与えたいと思います。

伝統的な実証主義でも自然法でも、いずれもわたくしの考え方では、彼らにとつては適切な理論になりませんし、日本にとつても同じです。法理論家は、我々両国におきまして、新しい法を求めるべきです。そして、法の規範的中立性の実証主義的なドクトリンとより高度な法を求める、或いは実定法以上のものを求める自然法の両方を拒絶するべきだと思えます。

マルコム・スミス ありがとうございます。では、矢崎先生のコメントをお願い致します。

矢崎光圀 (大阪大学教授) 私にあたえられた時間は一〇分ということですので、その範囲内で話したいと思います。さきほど大事な講演の間でありましたが、ジョセフ・スミスさんと一

時間ほど話をさせていただきまして、スミスさんのおっしゃりたいことと私なんかが考えておりますことがおよその点で似たようなところにあることがわかりました。

別の言い方をしますと、すぐ後で申し上げるような点でやや共通の理解の場に立っているという印象を受けました。ちなみに申し上げますと、これからまた四、五〇日大阪大学でスミスさんが一緒に研究をなさいますので、そういう点でもこういう方とお話することができるのは私にとりまして、それからこちらの松浦さんにとりまして、おそらく大変嬉しいことであります。もう一つ、まえおきとしてつけ加えますと、スミスさんにも私にも共通の頭部がありまして、それがお互いの共通の理解にかなり役立っているように思います。共通の頭部とは、言いかえれば、コペンハーゲン(コップフハーゲン)であります。(笑声。同時通訳からはジョークは訳せませんの声あり)。

法というものを私どもが通常イメージする場合には、つぎのようなディレンマにぶつかりやすいと思います。一つは、その時代、それからその社会に根ざしているところのさまざまな基本的な諸価値に法というものがやはりちゃんと依拠してそれをつくっていくという点であります。おそらくJ・C・スミスさんの表現でいえば、プライマリー・ベジック・ヴァリューズを何らかの格好で汲み上げていくという、そういう面であります。さりとて私どもは、法というものが流動的で、ぐにやぐにやしておりますところがないものであれば、やはり

自由を求めたり、権利をそれによって主張したりする根拠としての意義や役割というのは大変薄れてくるわけでありますから、そうであれば、どうしても最小限形式的なよりどころ、スミスさんの表現をかりていえば、法のオートノミー、自立性というものの、またそのイメージはなくてはならないことになります。そういう面で本日スミスさんが選ばれたテーマというのは大変私にとりましてはアピーリングであります。また、この法の自立性を維持しながら目的、あるいは法の価値というものをできるだけ法の開かれたシステムのなかに取り入れて行こうということはすでに二十世紀あたりからのいわゆる西洋の法哲学のなかでいろいろ言われ、工夫されてきたことでもありますし、その点でわが国の場合にも、やはりスミスさんがカナダについて指摘されたのと同じように、こういう問題に関してはいままお模索をしているということを確認してよろしいと思います。

なお、自立的な法とか法の自立性ですが、これを漢字で書きますと、法律の律とそれから自分の足で立つという両方の主旨（自律と自立）が出てくるわけでありまして、むつかしく考えるといろんな含みが考えられます。しかし、ここでは自立的というのをその両方の意味に理解しておくことにいたします。

自立的法、自立型法というか自分で独立している法があるというイメージの原型として西洋の法、ウェスタン・ローがあるということ、これは間違いありませんし、それからやはり地域、地域にトラディショナル・カルチャー、伝統的な文化が

存するというもう一つの側面、これもマルコムさんじゃないスミスさんの指摘したペーパーのなかに出てくるとおりです。

そこで私がコメンテーターとしてまず第一に申し上げたい点は、この法実証主義（legal positivism）とそれからリーガリズムとの関係であります。法実証主義はさきほどの法の自立性というか自足性を中心にして「法」を捉える主義でして、自然法論とよく対比されます。スミスさんの描かれた図面はこの点で、大変美しい結構なものです。イギリスは、リーガル・ポジティヴィスティックであり、そうしてアメリカはかならずしもリーガル・ポジティヴィスティックでない。それで、カナダはリーガル・ポジティヴィスティックである反面において、ややどっこい、どっこいだと。日本の場合も一方において、法実証主義の伝統があるんだけど、あの基本的権利にも色目を使っているところと。そういう割り切り方は、スミスさんがお話を展開されていくさいに大変有効な道具になっていると私も感じます。つまり、スミスさんはこのような角度からカナダとそれから日本の類似性、あるいはもしあるとするならば、相違性というものを、浮び上らせようとなさったわけであります。

しかし、そういう点をもし考えていく場合であれば、私の考えが非常にラフであることをまずお断わりしたうえで、このリーガル・ポジティヴィズムというような面、それに対してナチュラール・ローというような面を押し出すのも確かに大事であり

ますけれども、今申しましたようなリーガリズムの問題は、それに劣らず重要だと思えます。リーガリズムというのは Legalism でありまして、これをリーガリズム、もしくはルーリズム (rulism) と私、勝手に造語しておきます。そういうリーガリズムの表現で私が何を考えるかと申しますと、西洋の人々は概して彼らが行動をし、あるいは判断をしていく場合、それが法のレベルであっても、あるいは日常生活のレベルであっても、多かれ少なかれ——まあここが一つの逃げ道であります、多かれ少なかれ——彼らは何らかのルールといった基準に依拠して判断をし行動をしていくとする。それで法の世界においてそれが表われてくるのがいわばリーガリズムであります。ご承知のジュディス・シュクラという人の書いたものにリーガリズムという書物がございます。⁽⁷⁾この場合のリーガリズムは法の世界だけではなくて、ウェスタン・ピープルがその法の世界プラス日常の世界で行動していく場合にもまたここにリーガリズムが表われてくるという、そういう論旨の展開をされております。私は法の世界に関して一応リーガリズムとい、そして日常の世界に関して私の造語でありますルーリズムという語を今あてはめてまいります。そうしますとききほどのリーガル・ポジティヴィスティックなイギリスとリーガル・ポジティヴィスティックでないアメリカ、そうしてミッドウェイにあるところのカナダ、そういう対比はそれぞれのニュアンスを表わしておりますけれども、私の場合にはむしろそっちの方

を十ば一からげにいたしましたして、彼らの場合には何かリーガリストイックである、リーガル・システムの世界で、あるいはリーガル・シンキングの世界でそうだというふうに考えます。しかし、また日常世界においても彼らはルーリストイックであるところ、ところが、日本の場合には、法の世界において一見、リーガリストイックであるけれども、日常世界の場合においていったい西洋の人たちのようにルーリストイックであるかといえば、一部ルーリストイックであるにもかかわらず、同時に日本の場合にはノンルーリストイックであると感じられます。

ではいったいノンルーリストイックである場合に何が入ってくるのかと申しますと、その場合におそらくスミスさんが伝統的文化、トラディショナル・カルチャーといわれていたようなものがでてくる。ただし、この場合にもまたそういう伝統的文化的な、何か日本的なものをどういうふうに評価するかというエバリュエーションの問題があります。あるいは位置付けの問題。このあたりになりますと、おそらくそこで見解が微妙に分れるということですね。

さきほど田中さんの御報告のなかに法意識にかかわるものがありました。田中さんのことにまで触れるのは越権ですし、もう一分でとメモが回ってきておりますのできり上げたいと思いますけれども、田中さんのお話「日本人の法意識を扱うさいに、「日本的なもの」を強調し過ぎる傾向にも、逆にまた日本人の特殊性を過少に見る傾向にも反対」と、それから森島さん

がさきほどコメントされておりましたあそこところ（裁判所によらないで権利を守る、自分の利益を実現できる方法は、日本の場合、多い）、そこに、実は私の方から考えれば、かならずしも矛盾ではない大変おもしろい日本人の法意識、あるいは法文化をさぐっていく手掛りがあるかもしれない。……また今までのお話では話題にされておりませんでしたけれども、最近新聞紙上をにぎわしましたところの隣人訴訟、あるいは近隣訴訟というアブ・ツー・デートな事件もありまして、そういう点でも私どもの日常的なルーリスティックな観念とノンルーリスティックな観念とが法のレヴェルに、法の働きにどう絡んでいくかをつかんでいくホンのわずかなヒントがあるんじゃないかなと思います。一応これできりにします。

マルコム・スミス ありがとうございます。カナダの参加者はこれから一ヶ月程ジョセフ・スミス先生がどれほど楽しい日々を過ごされるかと想像していることだと思います。三時十五分にこのセッションを休憩にいたしまして、三時半までコーヒープレイクにしたいと思います。一旦話し始めると中々ストップさせるのはむずかしいんですけれどもお願い致します。

松浦好治（大阪大学助教授） ここでコメントを出しまして、できればその点についてスミスのコメントあるいは追加的説明をしていただければ、というふうに考えております。通常哲学的なものを考える、あるいは法哲学的なものを考えるといえますと、非常に根本的なところから問題を考えるといっ

た意味あいをもっています。ところが我国において、法律がそういう哲学的、根本的な思考法に基づいて運営されているのか、あるいは法律家がそういう哲学的なものの考え方をしているかと言いますと、恐らくそうではないであろうというのが私の言いたいことであります。いわゆる自然法論に立った考え方というものは日本人にとってきわめて異質なものではないのだろうか、そもそもこういう自然権というものの考え方がでくる背景は一部はキリスト教ですし、一部はギリシャ以来の自然法の考え方があると思います。たしかに法律家は自然法的なことを言うわけですが、自然権というものが百パーセント認められるべきだとは思っておりません。現行の日本国憲法の中にも例によりまして公共の福祉というものが入っていて、初めから自然権というものには一定の制約がついているということが言えるかと思えます。同じように、法実証主義という考え方も、たしかに教科書に出てくるときは非常にきれいな形で出てまいりますけれども、自分がそのような法実証主義者であるというふうに言う法律家はほとんどいないと思います。

とくに、概念法学という非常に悪いイメージを持った言葉で法実証主義が語られるときに、この法律家の世界でだれが概念法学者なのかと問うとしましょう。どの法律家も心の中で他人の顔を思い浮かべることはあっても、自分のことをそうだと考えることはないでしょう。そういうことから考えますと、日本ではそもそもこの自然法論と法実証主義との対立という図式その

ものが表面上はありますけれども、実質としてはないのではないかとという印象を私はもっております。

スミス先生によりますと、カナダでいわゆるビル・オブ・ライツ（権利章典）が憲法の中に入った、しかしながらそれは極めて政治的な配慮の結果であるということであります。このビル・オブ・ライツの内容は、今後、憲法改正手続によって恐らく変更されるものであらうと考えられます。としますと、カナダでもビル・オブ・ライツというのは絶対的な基本権というふうにとらえてよいものかどうか多分に疑問があるというふうに考えます。又、日本の話にもどるわけですけれども、日本では法実証主義と自然権との対立がそれほど意味をもたない、つまり、理論的にそれほど重要であるとは実務法律家のレベルで考えられていないにもかかわらず、なぜカナダにおいてはビル・オブ・ライツと法実証主義との間をなんとか理論的に説明をつけないければならない、と現在考えられているのか、そのところがある一つよく判りません。できればご説明いただきたいと思ひます。

ジョセフ・スミス 自信がないので非常に簡単にご説明いたしますが、この人権憲章と議会との間の調和の問題は、元を正せば西洋文化ではつきりとした分割があったということが言えます。ギリシャやローマまで遡ることができるわけですけれども、ギリシャ人がこの国家という考え方を作り、ローマが法の支配の考え方を作ったわけであります。カナダのみならず西洋

文化は全てそれ以来法の支配と国家の概念を統一させようとしたわけですから。それが我々のこの西洋文明の一員として受け継いでいる問題なわけです。そして我々にとってはこれから何世紀ものこの問題だと思ひます。

松浦好治 確認のためなんですけれども、カナダのビル・オブ・ライツというのは憲法の改正手続によって変えられるものなのでしょいか。そもそも、そのビル・オブ・ライツというところがいわれるのは、たとえ憲法上の改正手続によっても変えられないというのが自然権の元来の発想方法ではなかったのかという気がいたします。

ジョセフ・スミス 基本的人権は基本的なものであるわけですが、人権は基本的であるために人権憲章にあるわけであります。基本的人権にあるから基本的なわけではないわけです。カナダの人権憲章には、はつきりいって基本的でないものは入っていないわけです。特に例えば、この言語権などがその一つです。つまり、基本的人権は、確かに、どういうふうになそれが発展するかということが問題なわけです。

マルコム・スミス どうもありがとうございます。非常にすばらしいセッションでした。皆様も楽しまれたと思ひます。ある方にとっては大変だったと思ひますが、どうもありがとうございます。ございました。

- (1) J. C. スミス (J. C. Smith) プリティッシュ・コロンビア大学教授。一九三〇年生。一九五〇年、プリティッシュ・コロンビア大学修了。一九五三年、プリガムヤンガ大学修了。一九五四〇七年、高等学校で教える。一九六〇年、プリティッシュ・コロンビア大学ロースクールより修士号 (LL. M.) 取得。一九六一年、プリティッシュ・コロンビア大学講師。一九六九年、プリティッシュ・コロンビア大学教授。業績: "Legal Obligation", University of London, the Athlone Press, London 1976, and University of Toronto Press, Toronto and Buffalo, 1976, p. 1-256. "The Western Idea of Law" with D. N. Weissteif. 750 page. Collection of readings with extensive commentary. "Content and Form: The Dialectics of Law with S. C. Coval 他論文多数。(この経歴・業績については、矢崎教授より全面的にお教えいただいた。記して感謝したい。)
 - (2) それぞれの主要著書は次の通りである。J. Rawls, "A Theory of Justice", 1971. Harvard U. P. (邦訳、矢島監訳、『正義論』) R. Nozick, "Anarchy, State and Utopia. 1974, Oxford. R. M. Dworkin, "Taking Rights Seriously. revised ed. London. 1978.
 - (3) 参考のために、「カナダの公用語」に関する一九八二年・カナダ憲法、第一六条から二二条までの条項のうち、主要なものを掲げておく。(訳語はカナダ大使館発行の「背景説明レポート No. 27」によった。)
- 第一六条(1) 英語および仏語をカナダの公用語とし、連邦議会および連邦政府のすべての機関において使用されるにあたり、いずれの言語とも、平等の地位と平等の権利、および特典を有するものとする。
- 第一七条(1) 人はすべて、連邦議会におけるあらゆる討論その他の議事に、英語もしくは仏語を使用する権利を有する。
- 第一八条(1) 連邦議会の法令、記録、刊行物は、英語もしくは仏語にてこれを印刷・発行し、そのいずれの版も同一の効力を有するものとする。
- 第一九条(1) 連邦議会が設置するすべての裁判所において、または当裁判所における弁論その他の訴訟過程において、人はすべて英語もしくは仏語のいずれかを使用することができる。
- また、第二三条(1)では「少数派言語による教育権」に関して「現在居住する州において、自己が使用する言語によって自己の子供に初等教育および中等教育を受けさせる権利」を規定している。
- (4) J. スミス教授は言及されていないが、幕末・明治初年のイギリス法の存在も見落してはならないであろう。これについてはさしあたっては、水田義雄『西欧法事始』参照。
 - (5) ある意味では、この二つの潮流をめぐって戦後の日本の法哲学が展開・発展してきたともいえよう。このことは、例えば、昭和二三年五月に日本法哲学学会が設立され、その機関誌第一号『法哲学四季報』が「自然法と実定法」というタイトルを掲げ、間において昭和三八年には、日本法哲学学会編『法哲学年報』「法実証主義の再検討」、続いて昭和四八年には同「現代自然法の理論と諸問題」というように、絶えずこの二つの潮流が主要テーマとしてとりあげられていることから、その一端が窺えるであろう。
 - (6) "Professor H. L. A. Hart, the leading legal theorist in the English speaking world, although a fi-

only committed legal positivist”とされるが、例えばハートの『法の概念』の中で展開された「自然法の最小限の内容」(minimal content of natural law)というアイデアを考えるならば、この規定と引き換えに「firmly」は一面的であろう。H. L. A. Hart, “The Concept of Law”, chap. K. cf. 矢崎監訳『法の概念』参照。

(7) Judith N. Sisklar, “Legalism”, 1964, Cambridge, Mass.

右の記録は、“Canadian Law and Japan: The Academic Perspective”と題されたシンポジウムのうち、Jurisprudence 従って法理論レベルでの、日加の比較検討を行った部分である。

両国の比較検討という場合、その類似と相違が主な論点であろう。そこで、ここでは、その点に焦点をあてて、報告者及びコメンテーターの考えを整理しておきたい。

J・スミス教授は、自然法と法実証主義という、伝統的な対立する二潮流を手掛りとして、カナダの法理論状況を鳥瞰されている。すなわち、傾向として、一九世紀以降のイギリス・法実証主義、アメリカ・自然法とした上で、両国の影響——そして、あわせてフランス——を受けるカナダにおいては「主流となっている法哲学は……ない。」と。そして、右の基本的な法思考の継受という点において近似的状況にある日本との、法理論状況の類似性に着目されるのである。

これに対して、日本側のコメンテーターである矢崎・松浦両教授は、むしろその相違に力点を置かれているようである。すなわち、矢崎教授は、自然法と法実証主義という、相対立する傾向を一つの手掛りとして右のように、法理論状況を大づかみに理解することの有効性を認められつつも、もう一つの手掛りすなわち、リーガリズム・ルーリズムを提示することによって、両国の相違に着目されるのである。つまり、西洋の法伝統を共有するカナダは、リーガリズム・ルーリズムという点において、西洋諸国と共通の地盤を有するのに対して、日本は、とりわけ日常生活においてノン・ルーリスト的な面を有するとされるのである。また、松浦教授は、そもそも日本の法・法律家の伝統において、「哲学的にものを考える」という傾向が存在しない以上、自然法・法実証主義というまさに、根本的・哲学的な思考様式をメルクマールとして、すくなくとも日本の法理論状況を探ることはできないのではないかとの疑問を提示されている。そして、この疑問においては、両国の相違という論点が前提されているといえよう。

以上は、類似と相違に焦点をあわせてごく簡単に整理したにすぎない。しかし、右の記録をおよみただけならば明らかなように、両国の法理論状況とそれを前提とした両国の比較検討が、さまざまな論点をめぐって展開されており、しかもそれが両国の Jurisprudence を代表する理論家によってなされたことを考えるならば、右のシンポジウムの意義は大きいといわね

資 料

ばならないであろう。

(角田猛之)